

AVM Faculdade Integrada
Pós Graduação em Gestão Pública
Waleska de Castro Sampaio Ciríaco

As sanções administrativas aplicáveis no âmbito das licitações e
contratos e o devido processo legal.

Brasília – Brasil

2014

AVM Faculdade Integrada
Pós Graduação em Gestão Pública
Waleska de Castro Sampaio Ciríaco

As sanções administrativas aplicáveis no âmbito das licitações e
contratos e o devido processo legal.

Profa. Fernanda Marsaro dos Santos

Brasília – Brasil

2014

SUMÁRIO

Introdução	4
1. O contrato administrativo e as cláusulas exorbitantes	6
2. A Sanção administrativa	8
2.1 Conceito e finalidades	8
2.2 Discricionariedade <i>versus</i> poder-dever	10
2.3 Espécies	11
3. Pressupostos de aplicação da sanção administrativa e devido processo legal..	18
3.1 Contraditório, ampla defesa e motivação	19
3.2 Legalidade e tipicidade	21
3.3 Proporcionalidade e razoabilidade	25
3.4 Procedimentalização e procedimento	28
3.5 A Lei 9.784/99 e as regras processuais administrativas	30
4. Processo Administrativo Sancionador: uma proposta de procedimento	33
4.1 Instauração	34
4.2 Defesa e instrução	37
4.3 Decisão e recursos	41
4.4 Execução	46
5. Considerações finais	47
6. Referências	49

Introdução

A presente monografia analisa as sanções administrativas cabíveis no âmbito das licitações e contratos públicos e os pressupostos processuais para a sua aplicação.

A Administração Pública, para a consecução de seus objetivos, vale-se de prestação de serviços e de aquisição de bens e produtos mediante contratos administrativos, os quais estão submetidos ao regime jurídico de Direito Público, que garante a supremacia da Administração, representante do interesse público.

Tal supremacia revela-se, especialmente, nas denominadas “cláusulas exorbitantes”, que constituem prerrogativas concedidas à Administração com vistas à persecução do interesse público. Dentre estas, destaca-se o poder de impor sanções ao particular, em decorrência do inadimplemento contratual ou da violação de regras licitatórias.

No entanto, tendo em vista que a imposição das referidas sanções acaba por invadir a esfera jurídica individual dos contratados ou licitantes, afetando sua liberdade ou propriedade, o exercício do poder administrativo sancionador está condicionado a uma gama de restrições especiais previstas no ordenamento jurídico, com vistas a evitar a utilização desproporcional e arbitrária dos privilégios conferidos à Administração pelo próprio regime jurídico de Direito Público. A este conjunto de limitações especiais, de observância obrigatória, dá-se o nome de “devido processo legal”.

Contudo, observa-se que a legislação é omissa quanto ao que seria o devido processo legal para a aplicação das sanções aos particulares, embora se trate de questão cotidianamente presente para os gestores da Administração, para as empresas contratadas e também para os usuários dos serviços por ela prestados.

Assim, partindo-se de diversos princípios constitucionais e infraconstitucionais, precipuamente os da ampla defesa, do contraditório e da legalidade, buscou-se definir os pressupostos processuais necessários para a

imposição das penalidades aqui estudadas, de forma que, indicando seus componentes, o “devido” processo sancionador seja revelado.

Vale dizer: o presente trabalho busca identificar os mais relevantes aspectos processuais que devem ser observados pela Administração no processo administrativo sancionador, atentando-se, igualmente, para a necessidade de prévia determinação do procedimento, de sorte que o devido processo legal constitua o complexo formado por tais elementos.

Para se chegar a este resultado, realizou-se pesquisa bibliográfica, análise e interpretação sistêmica do ordenamento, pesquisa jurisprudencial e doutrinária, com apoio principal nas leis específicas sobre as sanções contratuais (Lei 8.666/1993 e Lei 10.520/2005) e sobre o processo administrativo (Lei 9.784/1999).

Ao fim, a constatação de ausência de descrição pormenorizada de procedimentos litigiosos (como presentes no Código de Processo Penal e no Código de Processo Civil) suscitou a necessidade de organizar um procedimento para a aplicação das penalidades, por meio da junção das normas que regem a matéria. Todavia, especialmente para a finalização relativa ao procedimento, encontrou-se certa dificuldade na pesquisa bibliográfica, haja vista que os doutrinadores administrativistas ainda não abordam frontalmente o problema, nem, tampouco, há o desenvolvimento de soluções gerais.

Dessa forma, entende-se que a principal contribuição do presente trabalho está na consolidação de uma proposta de procedimento para a penalização administrativa a contratados e a licitantes, detalhando-se os aspectos essenciais de cada uma das fases previstas na Lei 9.784/99, quais sejam, instauração, defesa e instrução, decisão e execução.

Espera-se com a adoção do procedimento descrito reduzir as chances de declaração judicial de nulidade do processo administrativo por vício processual. No entanto, devido à omissão legal, ressalta-se que o procedimento descrito é apenas sugestivo, não cogente, e insuficiente para eliminar definitivamente a intervenção judicial, tendo em vista a garantia constitucional de inafastabilidade do Poder Judiciário.

Ademais o procedimento descrito encaixa-se em uma proposta mais ampla de redução da discricionariedade administrativa na aplicação de sanções, que só podem ser aceitas quando explicitadas previamente ao ato licitatório, com a ciência dos licitantes.

Por último, convém apresentar a estrutura da presente monografia: no 1º capítulo, é indicado o contexto jurídico no qual as sanções contratuais se inserem; no 2º, descreve-se o conceito, as finalidades e as espécies de sanções; no 3º, apresenta-se os pressupostos processuais que compõem o devido processo legal sancionador, culminando-se na proposta de procedimento, com as respectivas fases, no 4º capítulo.

1. O contrato administrativo e as cláusulas exorbitantes

Entende-se por contrato o acordo de vontades realizado para a criação de obrigações e direitos recíprocos entre dois ou mais agentes¹.

Apesar de se tratar de instituto típico do Direito Privado, no âmbito do Poder Público também há a celebração de *contratos*, aos quais dá-se o nome de “contratos da Administração”, cuja definição está contida no parágrafo único do artigo 2º da Lei 8.666/93:

Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Ou seja, a expressão “contrato da Administração” designa o gênero dos ajustes firmados pela Administração Pública, do qual são espécies os contratos privados e os contratos administrativos.

Os primeiros constituem os acordos cujo objeto não está estritamente relacionado às finalidades do Estado, razão pela qual há equiparação de direitos e obrigações entre a Administração e o particular, como, por exemplo, em um contrato

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Volume VIII. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

de aluguel de determinado imóvel público que não mais é utilizado como repartição pública².

De outro turno, os contratos administrativos são aqueles celebrados diretamente para a consecução de interesses públicos específicos, em razão dos quais o Poder Público atua com supremacia, por meio do regime jurídico de Direito Público, como ocorre nos contratos de concessão de serviço público e nos contratos para aquisições.

Cada uma das espécies é bem definida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segundo a qual “nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade” e, “nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade” (2009, p. 251).

Contudo, embora a definição acima permita distinguir as espécies contratuais quanto à relação existente entre os contratantes, a maior diferença entre elas, e a mais importante para o presente trabalho, encontra-se nas prerrogativas atribuídas à Administração em cada uma, por meio das denominadas “cláusulas exorbitantes”³.

Tais cláusulas são aquelas que extrapolam as competências ordinárias dos contratos regidos pelo Direito Civil, concedendo à Administração privilégios exclusivos que não seriam lícitos nos contratos entre particulares. Se legitimam em face da necessidade de assegurar a supremacia do Poder Público e a prevalência do interesse público sobre o particular.

Nesse sentido, é o ensinamento do eminente Professor Hely Lopes Meirelles (2011, p. 219):

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou restrição à Administração ou ao contratado. A

² Insta consignar que, embora regidos predominantemente pelas regras do direito comum, os contratos privados devem observar os princípios que regem a atividade administrativa do Estado (indisponibilidade do interesse público, legalidade, moralidade, eficiência, dentre outros), bem como as condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo Direito Administrativo.

³ Ressalte-se que o exercício de tais prerrogativas, conforme entendimento de Hely Lopes Meirelles e Marçal Justen Filho, independe de expressa previsão contratual, desde que possam ser extraídas dos princípios inerentes à Administração Pública e da legislação administrativa.

cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.

Dentre as referidas cláusulas, destaca-se o poder de impor sanções ao particular, em decorrência do inadimplemento contratual ou da violação de regras licitatórias.

2. A Sanção administrativa

2.1 Conceito e finalidades

A sanção administrativa pode ser conceituada como uma imposição unilateral da Administração de uma penalidade restritiva de direitos ao contratado, devido ao descumprimento de uma obrigação contratual ou, nos termos do art. 88 da Lei 8.666/93⁴, em razão de (i) condenação definitiva por fraude fiscal dolosa no recolhimento de tributos; (ii) atos ilícitos praticados para frustrar os objetivos de licitação ou, (iii) demonstração de inidoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos⁵.

É forma, portanto, de responsabilização administrativa do contratado⁶, empresa ou pessoa física, que deixa de cumprir com suas obrigações contratuais, diferindo-se das penalidades contratuais do Direito Civil⁷ por duas características: (i) unilateralidade, haja vista a exclusividade do poder de aplicar a sanção administrativa, ao passo que a cláusula penal dos contratos comuns é imposta a

⁴ Lei 8.666/93, art. 88 - "As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados".

⁵ Tendo em vista que as sanções são aplicadas primordialmente em função da inexecução contratual, o presente trabalho será focado nas sanções contratuais, exceto na parte referente ao processo, que não exige diferenciações.

⁶ A responsabilização administrativa do contratado não obsta, conforme o caso, a sua responsabilidade civil e penal, haja vista que as esferas de responsabilização são cumulativas e independentes entre si, sendo que a responsabilidade civil decorre da ocorrência de prejuízo material à Administração, a penal, do cometimento de crime, e a administrativa, da infringência de preceitos administrativos.

⁷ Arts. 408 a 416 do Código Civil de 2002.

qualquer das partes que descumpra suas obrigações ou dê causa a atraso na execução do ajuste (bilateralidade); (ii) prescindibilidade de expressão financeira, pois há modalidades de sanções administrativas que não acarretam impacto monetário direto ao contratado, ao contrário da cláusula penal.

Tal poder de responsabilização decorre da auto-executoriedade dos atos e contratos administrativos⁸, atributo o qual exprime a ideia de que o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração, independentemente de ordem do Poder Judiciário. Assim, permite-se à autoridade administrativa, ao constatar o descumprimento de determinada obrigação, a imposição imediata e incondicionada da penalidade.

De outro turno, no que concerne a finalidade, a sanção administrativa pauta-se por dois grandes objetivos: a repressão e a prevenção, consoante o entendimento de Jacoby Fernandes (2009, p. 1). Se, por um lado, busca-se punir o contratado pela falha na execução contratual, fazendo-se concretizar o rigor legal, por outro, faz-necessário a criação de incentivos negativos aos demais contratados, que, ao perceberem um controle mais severo por parte da Administração, poderão alterar seu comportamento para evitar penalizações futuras.

Este último constitui o caráter pedagógico, educativo, das sanções, também elucidado por Bandeira de Mello (2011, p. 856):

o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo.

Ademais, cumpre salientar que tais objetivos permitem avaliar a validade do ato jurídico sancionador, uma vez que qualquer ato administrativo somente é legítimo se houver uma finalidade para a sua realização. Significa dizer: a penalização de um particular apenas será válida se o administrador, utilizando-se das competências outorgadas por lei, ter por finalidade a reprimenda da infração ou a prevenção de outros ilícitos. Caso contrário, haverá desvio de finalidade, apto a invalidar o ato sancionador.

⁸ Conforme Hely Lopes Meirelles, a auto-executoriedade estende-se aos contratos administrativos (2011, p. 224).

2.2 Discrecionalidade *versus* poder-dever

Tendo em vista que a aplicação da sanção administrativa visa coibir conduta ilícita que, direta ou indiretamente, prejudica a consecução dos interesses públicos, o ato sancionador, apesar de possuir características discricionárias, constitui, na verdade, um poder-dever da Administração.

Este é o entendimento de Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 71), segundo o qual:

Se a lei formal outorga competência sancionadora à Administração Pública é porque o legislador entende que o comportamento ilícito sancionado fere o interesse público, razão pela qual deve ser desestimulado. Os agentes administrativos, de consequência, têm o poder-dever de impor a sanção sempre que apurem a prática de ilícito administrativo, pois somente assim o interesse público que justifica a existência da competência sancionadora será atendido. De consequência, não há que se falar em liberdade para a Administração Pública na imposição da sanção administrativa. Ocorrendo o ilícito previsto em lei, deve a Administração Pública impor a sanção, exercendo a competência que lhe foi outorgada pelo legislador.

Dessa forma, à autoridade competente não cabe definir a oportunidade e a conveniência da imposição da sanção, restringindo-se a discricionariedade tão-somente quanto à seleção da modalidade de sanção e do grau respectivo (valor, no caso de multa, e tempo, para as demais).

Ressalte-se, entretanto, que tal discricionariedade, nos moldes como afirmado acima, somente pode ser exercida anteriormente à prática da infração administrativa, ou seja, a Administração apenas pode se valer da discricionariedade no momento de previsão das condutas e das sanções correspondentes, tendo em vista que a validade do ato sancionador depende do devido enquadramento do particular nas hipóteses previamente definidas, conforme exige os princípios da tipicidade e da segurança jurídica⁹. Não se perca de vista também que esta discricionariedade na fixação das condutas e das sanções correlatas sempre dever ser condicionada aos limites fixados em lei, em face da legalidade estrita à qual está submetida a Administração.

⁹ A respeito, confira-se o tópico 3.2 deste trabalho.

Sobre a vinculação da Administração às sanções previstas no contrato, o Tribunal de Contas da União já manifestou o seguinte entendimento:

o contrato deve conter cláusula de penalidades, indicando a sanção administrativa correspondente à gravidade do evento e o valor gradual das multas, cumprindo à Administração, nos termos da avença, inclusive nos casos de atrasos, aplicar a punição cabível¹⁰.

Ademais, conforme decisão do próprio TCU, a não aplicação da penalidade, quando constatado atraso ou inexecução contratual, exige justificativa escrita do agente público responsável¹¹. Isso porque o contrato administrativo também vincula o gestor público ao cumprimento de suas cláusulas, as quais se presume terem sido estipuladas em harmonia com o interesse público, que é indisponível.

Outrossim, tendo em vista que o sancionamento também é de interesse particular das concorrentes comerciais do contratado e das licitantes perdedoras, que podem ter nova oportunidade de mercado com a exclusão do contratado desidioso, o administrador público não pode, arbitrariamente, tolerar infrações administrativas, sob pena de afronta ao princípio da isonomia.

2.3 Espécies

Consoante se verá mais adiante, as sanções administrativas são regidas pelo princípio da tipicidade¹², de forma que a Administração somente pode aplicar as penalidades previstas em lei.

No âmbito da legislação federal, aplicável a todos os entes federados, duas são as leis que prevêm sanções: Lei 8.666/93 e Lei 10.520/02.

A primeira contempla as seguintes espécies (art. 87)¹³: (i) advertência; (ii) multa; (iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de

¹⁰ Acórdão nº 669/2008 – Plenário, 807/2008 – 2ª Câmara e 1597/2010 – Plenário.

¹¹ Acórdão nº 887/2010 – 2ª Câmara, julg. 09/03/10.

¹² Ver item 3.2.

¹³ Art. 87: “Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto

contratar com a Administração; (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Por outro lado, a Lei 10.520/02, que disciplina a modalidade licitatória denominada pregão, repete a previsão da advertência e da multa e também insere um quinto tipo (art. 7º)¹⁴: o impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública pelo prazo de até cinco anos, cuja aplicação, por óbvio, restringe-se aos contratos administrativos decorrentes desta modalidade de licitação.

Conforme o entendimento de Jessé Torres Pereira Junior (2002, p. 788), tais sanções integram um rol *numerus clausus*, taxativo, de forma que é vedado à Administração criar espécie de sanção nova, ampliando a relação prevista em lei.

Em sentido semelhante, verifica-se o seguinte julgado do STJ:

2. Somente a Lei, em razão do princípio da estrita adstrição da Administração à legalidade, pode instituir sanção restritiva de direitos subjetivos; neste caso, a reprimenda imposta ao recorrente pela Agência Nacional de Saúde-ANS não se acha prevista em Lei, mas apenas em ato administrativo de hierarquia inferior (Resolução Normativa 11/2002-ANS), desprovido daquela potestade que o sistema atribui somente à norma legal.

(AgRg no REsp 1287739/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 31/05/2012)

A advertência, prevista no inciso I do art. 87, constitui a sanção de menor gravidade e, além de fortalecer o processo educativo do contratado, visa a admoestá-lo sobre a possibilidade de punição mais severa no caso de reincidência.

Segundo evidencia Daniel Wunder Hachem e Regeane Bransin Quetes (2011, p. 49), admitia-se anteriormente que a advertência fosse escrita ou verbal, mas atualmente apenas se reputa válida a forma escrita. Tal alteração parece

perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior”.

¹⁴ Art. 7º: “Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais”.

razoável, tendo em vista que a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal¹⁵, estipula que “os atos do processo devem ser produzidos por escrito (...)”¹⁶.

Por outro lado, a multa consiste em sanção de caráter pecuniário, aplicável sobretudo quando houver prejuízo à Administração. Está prevista em dois dispositivos: primeiramente no art. 86¹⁷, que trata do atraso injustificado na execução do contrato, e em seguida no art. 87, que versa sobre a inexecução total ou parcial do contrato.

Dito isso, pode-se concluir que existem dois tipos de multa: a moratória, decorrente de atraso na execução do contrato, e a compensatória, que visa ressarcir a Administração pelo eventual descumprimento das obrigações contratuais. Note-se que no primeiro caso o particular cumpre com o ajuste, porém em prazo ou forma diversa daquela acordada entre as partes. Já na segunda hipótese, o contratado não executa, de forma definitiva, determinada parcela do contrato ou a sua integralidade, razão pela qual deverá recompensar a Administração pelos danos decorrentes da inexecução¹⁸.

Seja qual a espécie de multa, ela poderá ser principal ou acessória, isto é, poderá ser aplicada de forma exclusiva ou cumulativamente com outra penalidade, a depender da gravidade da infração perpetrada pelo particular. Apesar de a autorização para a cumulatividade dispor unicamente da multa compensatória¹⁹, acredita-se que a melhor interpretação é aquela que permite à Administração o manejo das demais penalidades previstas no art. 87 também na hipótese de atraso injustificado, o qual, conforme o caso, pode implicar em sérios prejuízos ao interesse público. Tome-se, por exemplo, os contratos realizados pelo Ministério da Saúde para a aquisição de vacinas contra a gripe suína, no período em que esta doença era considerada uma epidemia internacional: indubitavelmente, qualquer atraso na

¹⁵ Ver item 3.5.

¹⁶ Art. 22, § 1º: “Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável”.

¹⁷ Art. 86: “O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”.

¹⁸ Jessé Torres Pereira Junior, *apud* Rita Tourinho, 2007, p. 6.

¹⁹ Art. 87, § 2º: “As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis”.

entrega das vacinas acarretaria enormes danos à sociedade, representada pela Administração Pública, e, sendo este atraso decorrente de negligência do laboratório farmacêutico contratado, parece bastante razoável a aplicação de sanções mais severas - como as que veremos a seguir -, além da multa.

Estas sanções mais severas são a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade. A primeira é destinada às infrações graves, enquanto que a segunda, às infrações gravíssimas, caracterizadas pelo dolo ou pela reiteração de falhas graves. Ambas possuem a mesma finalidade: impossibilitar o particular de contratar com a Administração Pública e de participar de certames licitatórios.

Diferenciam-se quanto a dois aspectos: o prazo e a competência. A suspensão temporária pode vigorar pelo prazo máximo de 2 (dois) anos e deve ser aplicada pela autoridade competente do órgão, ao passo que a declaração de inidoneidade possui prazo indeterminado, respeitado o mínimo de 2 (dois) anos, vigorando “enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade”²⁰, que deve ser a “autoridade máxima do órgão ou entidade”²¹. Ademais, de acordo com o referido inciso, a declaração de inidoneidade admite a reabilitação, que será concedida, segundo Marçal (2010, p. 556), “mediante o ressarcimento pelo interessado dos prejuízos derivados de sua conduta”.

A extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade merece um pequeno destaque. Segundo a doutrina e a jurisprudência, a inidoneidade tem como consequências diretas o impedimento de que o contratado participe de licitações e celebre novos contratos com a Administração. Contudo, há uma certa divergência quanto à possível rescisão dos contratos firmados anteriormente à publicação da sanção. A declaração de inidoneidade produz efeitos retroativos (*ex tunc*), de maneira a rescindir automaticamente todos os contratos em andamento dos quais participam o sujeito passivo declarado inidôneo?

²⁰ Art. 87, IV.

²¹ Embora a Lei 8.666/93 estipule que a competência para a declaração de inidoneidade é do Ministro de Estado ou do Secretário Estadual ou Municipal, a doutrina entende que cabe à autoridade máxima do próprio órgão ou entidade a decisão, haja vista a independência dos órgãos do Poder Legislativo e Judiciário, bem como a ausência de hierarquia entre as entidades administrativas e os Ministérios/Secretarias aos quais são vinculadas.

O STJ respondeu a questão de forma negativa, entendendo que a declaração de inidoneidade somente produz efeitos para o futuro (*ex nunc*), uma vez que a rescisão imediata de todos os contratos celebrados entre o sancionado e a Administração Pública poderia causar enormes prejuízos ao erário e ao interesse público. Veja-se:

1. Devem ser providos os presentes embargos para fazer constar da ementa do acórdão do recurso especial, conforme está no voto condutor, que a declaração de inidoneidade reconhecida como legítima só produz efeitos ex nunc.

(Edcl no MS 13.041/DF, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, Dje 16/06/2008).

1. o aresto embargado (após intenso debate na Primeira seção) examinou de forma devida o ato impugnado, adotando o entendimento de que a sanção de inidoneidade deve ser aplicada com efeitos “ex nunc”.

(...)

3. A rescisão imediata de todos os contratos firmados entre a embargada e a Administração Pública, em razão de declaração de inidoneidade, pode representar prejuízo maior ao erário e ao interesse público, já que se abrirá o risco de incidir sobre contrato que esteja sendo devidamente cumprido, contrariando, assim, o princípio da proporcionalidade, da eficiência e obrigando gasto de verba pública com realização de novo procedimento licitatório. interpretação sistemática dos arts. 55, XIII e 78, I, da Lei 8.666/93.

(Edcl no MS 13.101, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, Dje 25/05/2009).

Ademais, em ocasião diversa, o STJ declarou que, embora a declaração de inidoneidade não gere efeito rescisório automático de todos os contratos, admite-se que a Administração promova medidas administrativas específicas para rescindir os contratos nos casos autorizados na legislação, conforme se vê no seguinte acórdão:

2. Segundo precedentes da 1ª seção, a declaração de inidoneidade ‘só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento’ (MS n. 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, Dje de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de ‘licitar ou contratar com a administração Pública’ (Lei n. 8.666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (estados, distrito Federal e municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

(MS 13.964, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Dje 25/05/2009).

Voltando à diferenciação entre a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade, cumpre salientar, ainda, que diversos doutrinadores, dentre eles Marçal Justen Filho, Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, apontam uma terceira diferença entre essas sanções, relativa à extensão de seus efeitos. Segundo os autores, a suspensão temporária produz efeitos no âmbito do órgão que a aplicar ou no do respectivo ente federado, enquanto a declaração de inidoneidade engloba todos os órgãos de todos os entes federativos. Tal diferenciação é justificada por eles pelo fato de o inciso III do art. 87 referir-se apenas a “Administração” e o inciso IV utilizar a expressão “Administração Pública”.

Contudo, o STJ encerrou essa discussão, ao consolidar o entendimento de que não existe diferença entre os referidos termos, de sorte que tanto a suspensão temporária como a declaração de inidoneidade aplicam-se a todos os órgãos da Administração Pública, seja qual for o ente político.

Nesse sentido, confira-se os seguintes acórdãos:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

(Resp 151.567/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 14/04/2003)

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

(REsp 174.274/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 22/11/2004)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE EXARADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO A TODOS OS ENTES FEDERADOS.

(...)

8. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o termo utilizado pelo legislador - Administração Pública -, no dispositivo concernente à aplicação de sanções pelo ente contratante, deve se estender a todas as esferas da Administração, e não ficar restrito àquela que efetuou a punição.

(REsp 520.553/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 10/02/2011)

Por sua vez, o TCU reviu recentemente seu entendimento, ampliando os efeitos da suspensão temporária de licitar e o impedimento de contratar a todos os órgãos e entes da Administração Pública, *in verbis*:

[...]

O entendimento do tribunal a quo, no sentido de que a suspensão imposta por um órgão administrativo ou um ente federado não se estende aos demais, não se harmoniza com o objetivo da lei n. 8.666/93, de tornar o processo licitatório transparente e evitar prejuízos e fraudes ao erário, inclusive impondo sanções àqueles que adotarem comportamento impróprio ao contrato firmado ou mesmo ao procedimento de escolha de propostas.

Há, portanto, que se interpretar os dispositivos legais estendendo a força da punição a toda a administração, e não restringindo as sanções aos órgãos ou entes que as aplicarem de outra maneira, permitir-se-ia que uma empresa, que já se comportara de maneira inadequada, outrora, pudesse contratar novamente com a administração durante o período em que estivesse suspensa, tornando esta suspensão desprovida de sentido.

Por essas razões, entendo que esta corte deva rever seu posicionamento anterior, para considerar legal a inserção, pela infraero, de cláusula editalícia impeditiva de participação daqueles, incursos na sanção prevista no inciso iii da lei 8.666/93.

(Acórdão n. 2.218/2011 – 1ª Câmara, Rel. José Múcio Monteiro, julg. 19/04/2011)²².

Por fim, o impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública é aplicável especificamente ao pregão, quando o particular, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta: (i) não celebrar o contrato; (ii) deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame; (iii) ensejar o retardamento da execução de seu objeto; (iv) não mantiver a proposta; (v) falhar ou fraudar na execução do contrato; (vi) comportar-se de modo inidôneo; (vii) cometer

²² No mesmo sentido: Acórdão n. 3.757/2011, Rel. Ubiratan Aguiar, julg. 7/06/2011.

fraude fiscal. O prazo de aplicação é de até cinco anos e os seus efeitos estendem-se igualmente por todos os entes da federação.

3. Pressupostos de aplicação da sanção administrativa e o devido processo legal

Consoante explana Daniel Wunder Hachem e Regeane Bransin Quetes (2011, p. 50), o regime jurídico administrativo repousa sobre o equilíbrio entre os privilégios da Administração e as garantias dos cidadãos, de forma que aos instrumentos exorbitantes colocados à disposição do Poder Público, que o coloca em uma posição privilegiada, contrapõem-se às garantias asseguradas aos particulares, em razão das quais “os privilégios deixam de ser arbitrários”.

Assim, afirmam os autores que, se por um lado as normas constantes no regime jurídico-administrativo concedem à Administração prerrogativas inexistentes nas relações privadas, por outro lado elas também submetem-na a restrições muito mais rígidas do que aquelas constantes no regime privado.

Dessa forma, constata-se que o exercício do poder administrativo sancionador está condicionado a uma gama de restrições especiais previstas no ordenamento jurídico, com vistas a evitar a utilização desproporcional e ilimitada dos privilégios que o próprio sistema normativo lhe confere.

A este conjunto de limitações especiais dá-se o nome de “devido processo legal”, o qual, de acordo com os doutrinadores acima citados, cuida-se de verdadeira barreira à atividade sancionadora do Estado, “proibindo de forma expressa a intervenção administrativa nas esferas jurídicas individuais sem a prévia observância dos procedimentos legalmente estabelecidos”.

Nesse sentido, a Constituição Federal, no art. 5º, inc. LIV²³, consagra a garantia dos cidadãos ao devido processo legal, prescrevendo que sem ele “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens”.

²³ Art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Ressalte-se que, conforme o ensinamento de Bandeira de Mello (2011, p. 115), “‘privar’ da liberdade ou da propriedade não é apenas simplesmente elidi-las, mas também o é suspender ou sacrificar quaisquer atributos legítimos inerentes a uma ou a outra; vale dizer: a privação não precisa ser completa para caracterizar-se como tal” (p. 115).

É o caso, portanto, da aplicação das sanções estudadas neste Trabalho, as quais inevitavelmente afetam o plexo de direitos do particular.

Por isso, sua aplicação depende, necessariamente, da instauração de processo administrativo pela Administração²⁴, no qual sejam observados todos os aspectos que compõem o “devido processo legal”, conforme se verá a seguir.

3.1 Contraditório, ampla defesa e motivação

O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal²⁵ consagra os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurando aos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, a utilização de todos os meios e recursos para a sua justificação.

Isso significa dizer que se houver um conflito de interesses entre a Administração e qualquer particular²⁶, deverá ser oportunizado a este o exercício do contraditório e do direito de defesa, por meio de um processo administrativo que observe estritamente todas as normas procedimentais. Em outras palavras, pode-se afirmar que somente existe processo regular quando a Administração Pública concede ao administrado o contraditório e a ampla defesa.

Nessa linha de ideias, importante é o ensinamento de Bandeira de Mello (2011, p. 115), segundo o qual a Constituição consagra

²⁴ Saliente-se que, segundo Jacoby (2006, p. 2-3), a aplicação da sanção de advertência não exige a instauração de processo administrativo específico, podendo a ocorrência ser registrada no próprio Livro de Registros do Contrato.

²⁵ Art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

²⁶ Vale ressaltar que, conforme Ada Pellegrini Grinover, os litigantes no processo administrativo “existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses”, no qual os partícipes “se antepõem face a face, numa posição contraposta”, não se exigindo que tal conflito seja qualificado por uma pretensão resistida, caso no qual haveria uma lide e, conseqüentemente, um processo jurisdicional (*apud* Meirelles, 2011, p. 105).

“a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repare cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais”.

Em sintonia com os referidos princípios, encontra-se a imprescindibilidade de motivação das decisões administrativas que imponham sanções ao particular, de forma que este possa exercer objetivamente a sua defesa, bem como controlar a validade da pena e da respectiva gradação.

Com efeito, pelo princípio da motivação, o administrador deve expor os fundamentos de fato e de direito nos quais se embasa o ato sancionador, ou seja, deve indicar a conduta comissiva ou omissiva que está sendo imputada ao administrado, assim como os dispositivos normativos que subsidiam a aplicação da sanção. Dessa forma, o particular poderá exercer, efetivamente, uma defesa *ampla*, atacando diretamente os pressupostos fáticos e jurídicos invocados pela Administração.

Nesse sentido, a Lei 9.784/99, além de determinar expressamente à Administração a observância dos princípios da ampla defesa, contraditório e motivação, estipula também que deverão ser observados os seguintes critérios nos processos administrativos (art. 2º, parágrafo único):

- VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
- IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
- X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
- XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei.

Observe-se que tais critérios consagram os princípios estudados neste tópico. O inciso VII diz respeito à motivação; os incisos VIII e IX, ao devido processo legal, e os incisos X e XI à ampla defesa e ao contraditório.

Ademais, no art. 50, II, a Lei 9.784/99 torna obrigatória a motivação nos atos que “imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções” e, no parágrafo único do referido artigo, determina que a motivação seja “explícita, clara e congruente”.

3.2 Legalidade e tipicidade

Em face do princípio da legalidade, norma axiológica máxima que rege a Administração²⁷, o agente público somente pode atuar quando houver lei que o autorize, à qual também são subordinados os limites da atuação administrativa.

Esta sujeição da Administração aos mandamentos legais se evidencia ainda mais nos atos que acarretam restrições dos direitos dos administrados, haja vista a garantia constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”²⁸.

É o caso da aplicação de sanções contratuais, as quais, evidentemente, afetam diretamente os interesses dos particulares contratados pela Administração, os quais podem ter sua situação financeira atingida pela multa ou podem perder a chance de participar do enorme mercado das contratações públicas, por meio da suspensão temporária, da declaração de inidoneidade e do impedimento de contratar com a Administração Pública.

Dessa forma, o exercício do poder de penalizar requer uma dupla regulamentação legal: se por um lado exige-se que lei permita/determine à Administração a realização do ato, por outro aspecto é indispensável que haja preceito legal prevendo as hipóteses nas quais haverá este exercício, a fim de limitar a discricionariedade do gestor público e dar primazia à segurança jurídica dos contratados, os quais possuem o direito de ter previsibilidade sobre o agir estatal.

No que se refere especificamente às sanções contratuais, o primeiro aspecto acima não demanda análise mais acurada, haja vista que a Lei 8.666/93 foi

²⁷ CF, art. 37, *caput*. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade (...)”

²⁸ CF, art. 5º, inc. II.

suficientemente clara ao possibilitar à Administração a aplicação das penalidades ²⁹, inclusive relacionando as diversas modalidades.

Todavia, quanto ao segundo aspecto, a Lei 8.666/93 é bastante sucinta, apenas estabelecendo que o “atraso injustificado na execução do contrato”, bem como a “inexecução total ou parcial do contrato”, sujeitará o contratado à penalização³⁰.

Em razão disso, duas são as posições adotadas pelos doutrinadores, conforme aponta Daniel Wunder Hachem e Regeane Bransin Quetes (2011, p. 51):

(i) a primeira, de que não é possível a aplicação do sancionamento previsto, por afronta aos princípios da tipicidade e da legalidade, não se admitindo a especificação das hipóteses de incidência das sanções pelo administrador público em editais ou atos regulamentares; (ii) a segunda consiste no reconhecimento de que este problema pode ser solucionado por meio da atuação da Administração, que, respeitando os limites da Lei nº 8.666/93 e do devido processo legal, poderá preencher a lacuna deixada pela lei nos instrumentos convocatórios e no contrato.

Marçal Justen Filho filia-se ao primeiro entendimento (2010, p. 556), reputando que a ausência de especificação das condutas leva à aplicação de sanções “com fundamento em avaliações axiológicas”, solução esta que ofende a isonomia e o princípio da generalidade:

Como não existe tipificação de condutas, surge o risco de a Administração exercer um juízo discricionário sobre o cabimento da punição e a extensão do sancionamento. Assim, abre-se oportunidade para tratamento diferenciado para sujeitos em situação idêntica. Tal se passará porque, ausente um elenco definido de pressupostos de punibilidade, surge a possibilidade de somente serem punidos alguns dos sujeitos infratores.

Há quem defenda, inclusive, que a aplicação das sanções do art. 87 da Lei 8.666/93 é inconstitucional, como assevera Romeu Felipe Bacellar (*apud* Daniel Hachem e Regeane Quetes, 2011, p. 51). Segundo o autor, no Direito Administrativo Sancionador “não se admite a atipicidade da infração e a ampla discricionariedade na aplicação da sanção”, tendo em vista a garantia constante no inciso XXXIX do

²⁹ A lei utiliza o termo “poderá”, o que, conforme estudado no item 2.2, exprime verdadeiro poder-dever da Administração.

³⁰ Art. 86: “o atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora (...)” e art. 87, *caput*: “pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções (...)”

art. 5º da CF, de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Contudo, embora a referida Lei não tenha sido redigida com a clareza e a precisão que os princípios da legalidade e da tipicidade exigem, ela, ainda que minimamente, elencou os casos em que haverá o sancionamento – “atraso injustificado na execução do contrato” e “inexecução total ou parcial do contrato”. Estes são os tipos em face dos quais as condutas devem ser enquadradas.

Não se duvida de que inúmeras situações fáticas poderiam se encaixar nessas expressões um tanto quanto vazias, verdadeiros tipos abertos, mas a solução encontrada pelo segundo grupo de doutrinadores parece bastante razoável, uma vez que a impunibilidade dos contratados desidiosos seria muito mais devastadora ao interesse público do que a complementação da lacuna legal por meio de previsão editalícia e contratual.

Assim, entende-se que a aplicação das referidas sanções é legalmente válida, desde que o instrumento convocatório da licitação, assim como o contrato posteriormente celebrado, identifiquem e qualifiquem as condutas que atrairão o exercício do poder sancionador da Administração, de forma a concentrar a discricionariedade no momento da previsão das “regras do jogo”, e não no momento da execução contratual. Isso garantirá previsibilidade para o contratado, afastando qualquer alegação de violação da segurança jurídica, e impedirá que a discricionariedade se transforme em arbitrariedade³¹.

Nesse aspecto, uma proposta que parece “ideal” é a de que, no edital e no contrato, sejam relacionadas entre si as obrigações e as sanções, de forma que cada obrigação do contratado esteja correlacionada com a sanção que a Administração lhe poderá aplicar, e a respectiva intensidade, no caso de descumprimento contratual.

Não se perca de vista, contudo, que esta correlação não dispensa a descrição da conduta, a fim de que o administrado esteja suficientemente informado

³¹ A previsão editalícia faz-se importante para que o contratado, após o certame licitatório e a adjudicação, não seja surpreendido pelas cláusulas contratuais e acabe por desistir da contratação. Previamente ciente dos termos contratuais, a recusa do vencedor em celebrar o contrato poderá ser punida com impedimento de licitar com a Administração Pública pelo prazo de até 5 (cinco) anos, no caso de se tratar de licitação na modalidade pregão (Lei 10.520/02, art. 7º).

acerca dos comportamentos que deverá evitar, bem como para que, ocorrendo a infração administrativa, esta seja “objetivamente reconhecível”, conforme ensina Bandeira de Mello (2011, p. 860):

Assim, o pressuposto inafastável das sanções implicadas nas infrações administrativas é o de que exista a possibilidade de os sujeitos saberem previamente qual a conduta que não devem adotar ou a que devem adotar para se porem seguramente a salvo da incursão na figura infracional; ou seja: cumpre que tenham ciência perfeita de como evitar o risco da sanção e, ao menos por força disto (se por outra razão não for), abster-se de incidir nos comportamentos profligados pelo Direito.

Cumprе ressaltar, ainda, que alguns doutrinadores, dentre eles Marçal (2010, p. 555) e Bandeira de Mello (2011, p. 647), apenas invocam a necessidade de tipificação para as condutas relativas às sanções de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade, dada a sua maior severidade para o contratado³².

Todavia, não obstante o brilhantismo de tais doutrinadores, perfilha-se o entendimento de que a tipicidade deve ser ampla, aplicável a todas as modalidades sancionatórias, (i) em homenagem aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, indispensáveis para que não haja arbitrariedades por parte do agente público, e (ii) tendo-se em conta que a ampla tipificação constitui instrumento para que o ato sancionador atinja sua finalidade precípua, qual seja, a de desestimular comportamentos que comprometem a normalidade contratual e, por consequência, o próprio interesse público.

Contudo, isso não significa dizer que se está exigindo, dentro do regime jurídico administrativo, o mesmo rigor com que os ilícitos penais são tratados.

Com efeito, sabe-se que no Direito Penal a subsunção do fato concreto com a norma abstrata deve ser perfeita, ou seja, a lei deve prever taxativamente todas as condutas que se pretende criminalizar, não se admitindo tipos penais de caráter genérico ou vago, que são aqueles cujo conteúdo não pode ser delimitado com segurança e concretude (André Estefam e Victor Gonçalves, 2012, p. 106).

No Direito Administrativo, ao contrário, é possível admitir-se tipos mais amplos, por meio de conceitos abrangentes, como é o caso, por exemplo, das

³² A doutrinadora Di Pietro, em sentido contrário, sequer reconhece a tipicidade como princípio do processo administrativo sancionador, afirmando que no Dir. Administrativo prevalece a atipicidade (2009, p. 629).

seguintes expressões: “apresentar documentação falsa”, “cometer fraude fiscal”, “atrasar a entrega do objeto”, “recusar injustificadamente a assinar o contrato”, “manter empregado sem a qualificação exigida para executar os serviços contratados, por empregado e por dia”, suspender ou interromper, salvo motivo de força maior ou caso fortuito, os serviços contratuais por dia e por unidade de atendimento”, dentre outras. Observe-se que, apesar de não serem específicos como os tipos penais, tais preceitos permitem ao gestor público inferir satisfatoriamente, à luz do caso concreto, quais as condutas se enquadram ou não.

Por último, especificamente a cada uma das modalidades de sanção, vale salientar que a exigência de tipificação inclui: (i) para a multa, a definição do percentual mínimo e máximo e da base de cálculo e, (ii), para a suspensão temporária, a declaração de inidoneidade e o impedimento de licitar e contratar, a estipulação do prazo mínimo e máximo no qual vigorará a penalidade. Atente-se para o fato que, em qualquer das duas hipóteses, os limites mínimo e máximo não podem ser demasiadamente distantes, sob pena de esvaziar a eficácia da previsão dos próprios limites – se houver muito espaço para a atuação discricionária do gestor, de nada adiantará ter fixado os referidos percentuais, pois a autoridade poderá, ainda assim, incorrer em arbitrariedade e em afronta ao princípio da proporcionalidade.

3.3 Proporcionalidade e razoabilidade

Outro aspecto relevante à atividade sancionadora da Administração diz respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

As sanções impostas devem ser compatíveis com a gravidade da conduta do administrado, *i.e.*, deve haver proporcionalidade entre a rigidez da sanção e a reprovabilidade da infração.

Por outro lado, segundo o princípio da razoabilidade, que guarda estreita correlação com as ideias de justiça, prudência e bom senso, o administrador público somente pode considerar ilícitas aquelas condutas do particular que efetivamente prejudicam as finalidades da Administração.

Dessa forma, tem-se que a validade da aplicação das sanções está condicionada à observância de uma ordem gradual, de sorte que as infrações mais leves devem ser repreendidas com advertência e, de acordo com o grau de reprovabilidade do comportamento, passa-se à aplicação de multa, suspensão temporária do direito de licitar, impedimento de contratar, e, por último, a declaração de inidoneidade.

Consigne-se que, embora aparentemente a sanção de impedimento de contratar, previsto na Lei 10.520/05, pareça ser mais gravosa do que a declaração de inidoneidade, haja vista que aquela pode ser aplicada por até 5 (cinco) anos, ao passo que esta vigora por pelo menos 2 (dois) anos, entende-se que esta última continua sendo a penalidade mais severa à disposição da Administração, uma vez que é aplicada por prazo indeterminado, vigendo até que o particular promova sua reabilitação. A sanção de impedimento de contratar pode, sim, durar mais no tempo do que a declaração de inidoneidade, mas basta o decurso do lapso temporal para que o particular possa voltar a participar das contratações públicas. Por outro lado, se penalizado com declaração de inidoneidade, seu acesso ao mercado público somente poderá acontecer após a reabilitação, que exige o efetivo ressarcimento dos prejuízos causados à Administração, o que pode levar mais de 5 (cinco) anos para realizar-se.

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade estão previstos expressamente na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo, nos seguintes termos (art. 2º): “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da (...) razoabilidade, proporcionalidade (...)”. E continua, no parágrafo único do mesmo artigo: “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

A respeito destes princípios, confira-se os seguintes julgados do STJ:

4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública e, desse modo, o art. 87 da Lei 8.666/93 somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial e a proporcionalidade.

(Resp 914.0587/RJ, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 29/10/2007)

II – A sanção, ainda que administrativa, não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato. A afronta ou a não observância do princípio da proporcionalidade da pena no procedimento administrativo implica em desvio de finalidade do agente público, tornando a sanção aplicada ilegal e sujeita a revisão do Poder Judiciário.

(RMS 13.617/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, 2ª Turma, DJ 22/04/2002)

Mandado de segurança. Declaração de inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação da Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.

Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.

Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.

(MS 7.311/DF, 1ª Seção, Voto-vista do Min. Franciulli Neto, DJ 02/06/2003)

Contrato administrativo. Multa. Mora na prestação dos serviços. Redução. Inocorrência de invasão de competência administrativa pelo Judiciário. Interpretação finalística da lei. Aplicação supletiva da legislação civil. Princípio da razoabilidade.

3. O art. 86, da Lei 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.

4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).

5. Princípio da Razoabilidade.

(Resp 330.677/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 02/10/2002)

Pelas ementas acima colacionadas, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que existe uma gradação entre as sanções do art. 87 da Lei 8.666/93 de forma que o particular que tenha cometido uma infração administrativa somente pode ser penalizado com uma sanção compatível com o seu grau de culpabilidade e com a gravidade da sua conduta, sob pena de afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ademais, segundo o referido Tribunal, a multa não pode ser fixada em percentual exorbitante, devendo haver razoabilidade por parte da Administração na hora de eleição da alíquota.

3.4 Procedimentalização e procedimento

Conforme ensina Marçal Justen Filho, as atividades administrativas desenvolvem-se necessariamente sob forma procedimentalizada, com vistas ao controle do poder estatal e ao aperfeiçoamento da atuação governamental (2010, p. 263-264).

Procedimentalização, segundo o autor, “consiste na submissão das atividades administrativas à observância de procedimentos como requisito de validade das ações e omissões adotadas”, constituindo o procedimento em uma “sequência predeterminada de atos (...) em que o exaurimento de cada etapa é pressuposto de validade da instauração da etapa posterior e cujo resultado deve guardar compatibilidade lógica com o conjunto dos atos praticados” (*idem*, pp. 264/265).

Assim, vê-se que a procedimentalização consiste em requisito formal para o desenvolvimento da atividade administrativa, que tem por objetivo evitar o exercício abusivo do poder estatal, seja por meio da previsão objetiva de uma sequência de atos, seja pela fragmentação da competência decisória. Vale dizer: a procedimentalização impede que haja interpretações subjetivas do gestor público e que a decisão seja tomada por meio de um ato único e imediato. Dessa forma, haverá “espaço” para que o particular se manifeste a cada etapa, exercendo sua defesa e controlando a validade dos atos administrativos em formação.

Ainda no ensinamento do ilustre doutrinador, a procedimentalização visa também ao aperfeiçoamento dos atos administrativos, na medida em que o ato decisório deverá ser “um resultado lógico dos eventos apurados ao longo do processo”, restringindo o risco de “atitudes precipitadas e impulsivas” da autoridade pública.

Pode-se notar, dessa forma, que o procedimento constitui a necessária forma jurídica pela qual os poderes administrativos devem se desenvolver.

A par das divergentes posições doutrinárias a respeito da diferença entre processo e procedimento administrativo, entende-se neste trabalho que o processo é a expressão da relação jurídica existente entre o particular e a Administração, existente quando houver um conflito de interesses, uma controvérsia, entre esses sujeitos. E, por seu turno, conforme exposto anteriormente, procedimento é o rito processual, a forma de realização do processo. Adota-se, nesse caso, a concepção de Hely Lopes Meirelles (2011, p. 734).

Veja-se que o entendimento deste último doutrinador não é incompatível com o conceito de procedimentalização trazido por Marçal. Com efeito, as atividades administrativas devem se submeter a uma sequência ordenada e lógica de atos para serem válidas, sobretudo quando houver um conflito de interesses entre a Administração e o particular. Ou seja, exige-se a prévia definição do procedimento a ser adotado para a solução das controvérsias administrativas, *i.e.*, dos processos administrativos.

Nas palavras de Daniel Wunder Hachem e Regiane Bransin Quetes (2011, p. 48),

O procedimento representa um encadeamento de atos administrativos unilaterais, voltado a um provimento final. Quando este provimento final for suscetível de atingir a esfera jurídica do indivíduo, será imprescindível assegurar a participação dos interessados em contraditório, convertendo-se procedimento em processo. Este último, portanto, para restar configurado, reclama um confronto, um litígio em que haja contraposição de interesses entre partes distintas, orientado pelo contraditório.

Os referidos autores acrescentam, ainda, que a combinação dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição, vistos neste trabalho anteriormente,

tem como resultado a inafastável conclusão de que todo e qualquer comportamento da Administração Pública tendente a ofender de alguma forma o conjunto dos direitos do cidadão deverá ser precedido de um processo administrativo, com a observância de todas as formalidades, princípios constitucionais e direitos fundamentais albergados pela Lei Maior, sob pena de nulidade do ato.

Tais formalidades, todavia, não são as mesmas para todos os processos administrativos. Tendo em vista que diversas são as atividades desenvolvidas pela Administração, o rito processual a ser adotado depende das características de cada uma, bem como das finalidades que esta pretende atingir.

3.5 A Lei 9.784/99 e as regras processuais administrativas

A Lei 9.784/99, conforme já dito anteriormente, foi editada para a regulamentação do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Apesar de a ementa da lei se referir apenas à Administração Pública Federal, diversos doutrinadores, dentre eles Marçal (2010, p. 275) e Hely Lopes Meirelles (2011, p. 737) entendem que ela constitui, em verdade, uma lei geral sobre processo administrativo, haja vista seu caráter eminentemente principiológico.

Assim, a mesma seria aplicável não somente aos processos da União, mas também aos processos administrativos dos Estados, Distrito Federal e Municípios³³.

Diz-se que ela possui cunho eminentemente principiológico pois não há a descrição de procedimentos ou ritos processuais, mas sim a previsão dos princípios aos quais são submetidos a Administração Pública (alguns já analisados neste trabalho), os direitos e deveres dos administrados e as regras essenciais das três fases básicas de qualquer processo administrativo, quais sejam, a instauração, a instrução e a decisão.

Todavia, para certas atividades administrativas, sobretudo aquelas que de qualquer forma atingem a álea de direitos dos administrados, como o é a aplicação de sanções contratuais, as disposições constantes na lei em apreço não se mostram

³³ Em sentido semelhante já se manifestou o STJ, segundo o qual a Lei 9.784/99 pode ser aplicada subsidiariamente aos demais entes federados, quando estes não possuírem lei específica tratando da matéria (Resp 1.148.460/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, Dje 28/10/2010; Resp 1.019.012/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje 03/08/2009 e AgRg no Ag 506.167/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 26/03/2007).

de todos suficientes para a definição de um rito processual que assegure tanto as garantias dos particulares como a eficiência do ato administrativo³⁴.

Assim em algumas hipóteses será necessário que lei específica defina o procedimento pelo qual certa atividade deverá ser desenvolvida pela Administração, observadas as diretrizes estipuladas pela Lei 9.784/99. Ou, no caso de a lei específica ter sido promulgada antes da vigência da Lei 9.784/99, tem-se a aplicabilidade subsidiária desta ao processo, conforme previsão contida no art. 69³⁵.

No que diz respeito às sanções contratuais, o cenário é um pouco complexo: se, por um lado, a lei específica (Lei 8.666/93) não descreve qualquer procedimento a ser observado no sancionamento, por outro lado, as regras procedimentais encerradas na Lei 9.784/99 não contemplam todas as especificidades que o ato sancionador requer.

Logo, torna-se imperiosa a superação dessas pseudo-lacunas, por meio da utilização dos instrumentos de integração legal, previstos no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga LICC): a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito.

Quanto à analogia, a primeira ideia que vem à tona é, por óbvio, a utilização dos institutos do processo judicial, haja vista que estes foram largamente definidos tanto na Constituição Federal como no Código de Processo Civil.

Contudo, a possibilidade de aplicação subsidiária das regras relativas ao processo jurisdicional é pouco defendida na doutrina.

Marçal Justen Filho a rejeita de plano (2011, p. 273-275), afirmando que o processo judicial possui uma característica que o torna único: a figura do juiz imparcial, que integra a relação processual, sem ser titular dos interesses em conflito. Assevera o autor que, por outro lado, “quando surge um conflito de interesses na instância administrativa, instaura-se um procedimento sem a participação de órgão independente”, uma vez que o “sujeito encarregado da função

³⁴ Vale lembrar que, se o administrado julga que teve seus direitos restringidos administrativamente sem a observância de um devido processo legal, muito provavelmente recorrerá ao Poder Judiciário, o que limita a eficiência dos atos administrativos e, em última análise, acaba comprometendo o sistema do contencioso administrativo.

³⁵ “Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

de julgar integra a própria Administração Pública”. Ademais, segundo o doutrinador, o processo administrativo somente se identifica com o processo judicial nos países que adotam o contencioso administrativo, sistema esse inexistente no Brasil, onde vigora a inafastabilidade do Poder Judiciário.

O autor, assim, aponta um princípio que, para ele, traduz de modo mais evidente a distinção entre o processo administrativo e o processo judicial: o juiz natural. Veja-se:

O princípio do juiz natural é uma decorrência da existência de uma estrutura organizacional permanente, algo que é inerente à existência do Poder Judiciário. Na medida em que o Poder Judiciário desempenha a função jurisdicional de modo contínuo e permanente, é ele integrado por um conjunto de magistrados, cuja competência é fixada de modo abstrato e geral. O princípio do juiz natural significa a vedação à criação de regras de competência e de jurisdição específicas para um caso concreto determinado.

(...)

Ora, essa situação não se passa no tocante à atividade administrativa. Mesmo que a Administração Pública seja investida do dever de julgar – muito similar, em alguns casos, à função jurisdicional -, isso não conduz, como regra, à existência de um corpo permanente de servidores encarregados da função decisória. Como regra, o surgimento de um litígio no âmbito administrativo acarreta a necessidade de constituir um órgão julgador. Logo, não existem regras prévias e abstratas determinando a competência de órgãos estáveis e permanentes investidos de competência decisória.

Em posição antagônica, Romeu Felipe Bacellar Filho defende que a Constituição prevê um “núcleo comum de processualidade, compreendido como um conjunto de princípios constitucionais aplicável a qualquer modalidade de processo, seja judicial (cível, penal, trabalhista, etc), seja administrativo”. Afirma o autor que fazem parte deste complexo os seguintes princípios, previstos no art. 5º da CF: devido processo legal, contraditório e ampla defesa, razoável duração do processo, presunção de inocência e o próprio juiz natural (*apud* Daniel Hachem e Regeane Quetes, 2011, p. 48).

Este segundo entendimento, apesar de parecer minoritário³⁶, é bastante razoável, principalmente tendo-se em conta que as decisões administrativas, embora possam ser revisadas pelo Poder Judiciário, são revestidas de auto-

³⁶ Na pesquisa bibliográfica realizada para a elaboração do presente trabalho, não foi encontrado outro doutrinador que partilhe da mesma ideia.

executoriedade e presunção de legalidade. Logo, se a Administração pode, de forma direta e imediata, atingir a esfera de direitos do particular, não é demais exigir-se que essa decisão somente seja tomada ao final de um processo administrativo que respeite os mais básicos princípios constitucionais relativos ao exercício da jurisdição.

Inclusive, Hely Lopes Meirelles, sem adentrar na discussão sobre a aplicação de institutos judiciais ao processo administrativo, afirma que é errôneo conceber a *decisão jurisdicional* ou *ato de jurisdição* privativo do Poder Judiciário. Consoante o autor, “todos os órgãos e Poderes têm e exercem *jurisdição*, nos limites de sua competência institucional, quando aplicam o Direito e decidem controvérsia sujeita à sua apreciação”, sendo privativa do Judiciário “somente a *decisão judicial*, que faz coisa julgada em sentido formal e material, *erga omnes* (2011, p. 734-735, nota de rodapé n. 33).

Dessa forma, perfilhando o entendimento de Romeu Felipe Bacellar Filho e, indiretamente, o de Hely Lopes Meirelles, acredita-se que a omissão na legislação processual administrativa pode ser suprida por meio da utilização dos princípios gerais constitucionais atinentes ao “processo jurisdicional”, como gênero, indicados acima, bem como dos princípios próprios do regime jurídico administrativo, previstos tanto na Constituição como na Lei 9.784/99, quais sejam: legalidade administrativa, tipicidade, irretroatividade da lei mais gravosa, culpabilidade, verdade material, motivação, razoabilidade e proporcionalidade – vários deles já estudados neste trabalho.

4. Processo Administrativo Sancionador: uma proposta de procedimento

Em face de tudo o que foi exposto anteriormente, este último capítulo será dedicado à consolidação de uma proposta de procedimento para a aplicação das sanções a contratados e a licitantes, tendo-se por fundamento os aspectos do devido processo legal vistos anteriormente, os princípios constitucionais relativos ao processo jurisdicional, os princípios e regras administrativas, previstos na Constituição Federal e na Lei 9.784/99, bem como a doutrina, precipuamente de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, e a jurisprudência dos Tribunais pátrios.

Assim, analisar-se-ão a seguir os aspectos principais do que se entende como as quatro etapas procedimentais comuns a todas as penalidades, quais sejam: instauração, defesa e instrução, decisão e execução.

4.1 Instauração

O processo administrativo, entendido como a relação processual decorrente de um litígio entre a Administração e um particular³⁷, é formalmente iniciado por meio da *instauração*, que, segundo Hely Lopes Meirelles (2011, p. 741), “é a apresentação escrita dos fatos e indicação do direito que ensejam o processo”. Ou seja, a instauração é o ato que formaliza a existência de uma controvérsia administrativa, por meio da indicação dos pressupostos fáticos e jurídicos que permeiam tal litígio.

A instauração, nos termos do art. 5º da Lei 9.784/99³⁸, pode se dar de ofício ou mediante requerimento do interessado.

No caso da aplicação das sanções estudadas neste trabalho, é mais comum que a instauração do processo ocorra de ofício, haja vista que o gestor público, ao constatar indícios da ocorrência de uma infração, está obrigado a apurar os fatos e, ao final, se verificar que efetivamente houve um ilícito administrativo, imputar a responsabilidade a quem lhe deu causa³⁹.

Todavia, não se afasta a possibilidade de instauração do processo mediante pedido de interessado⁴⁰ que, na hipótese, podem ser outros licitantes ou concorrentes comerciais da contratada, em defesa dos seus próprios interesses – melhoria na classificação da licitação ou obtenção do mercado anteriormente explorado pelo contratado infrator-, ou ainda pessoas, associações ou organizações, em defesa de direitos ou interesses coletivos ou difusos.

³⁷ Conforme estudado no item **Erro! Fonte de referência não encontrada.3.4.**

³⁸ Art. 5º: “O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado”.

³⁹ Ver item 2.2.

⁴⁰ Segundo o art. 9º da Lei 9784/99, “são legitimados como interessados no processo administrativo: I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos”.

Jacoby (2006, p. 1) dá ao documento que instaura o processo o nome de *notificação*. Consoante o autor, a autoridade competente, ao verificar a ocorrência de uma irregularidade licitatória ou contratual, deverá notificar o(s) particular(es) supostamente envolvido(s), para que promova a correção da falha, se for possível, e para que apresente sua defesa no prazo legal.

Na esteira do raciocínio do autor, entende-se que a notificação deve conter:

- (i) os fundamentos fáticos e jurídicos que ensejam o ato sancionador, ou seja, a caracterização da infração administrativa que foi constatada, bem como a indicação dos dispositivos de lei, do edital e/ou do contrato que autorizam a Administração a aplicar a sanção, em face dos princípios da motivação (art. 2º, parágrafo único, VII, da Lei 9.784/99), legalidade e tipicidade (estudados no item 3.2);
- (ii) a expressa indicação da(s) penalidade(s) que poderá(ão) ser(em) aplicada(s) ao particular, bem como do respectivo grau – se multa, o percentual e a base de cálculo; se suspensão temporária, declaração de inidoneidade ou impedimento de licitar, o prazo de vigência, a fim de que o contratado possa exercer sua defesa objetivamente, ciente, desde já, das consequências últimas que o processo administrativo instaurado pode lhe trazer;
- (iii) o prazo para a apresentação de defesa escrita, assim como o local e o horário para a sua entrega, haja vista a inexistência de normativos claros a respeito da forma dos atos do processo administrativo;
- (iv) a intimação para que o particular indique as provas que pretende produzir, indicando desde já a sua finalidade, em harmonia com o princípio da celeridade;
- (v) a informação de que o processo terá continuidade independentemente do seu comparecimento, nos termos do art. 26, § 1º, V, da Lei 9.784/99⁴¹;

⁴¹ Art. 26. “O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. § 1º A intimação deverá conter: (...) V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento”.

- (vi) a indicação da autoridade competente para o julgamento do processo, a fim de garantir ao particular a imediatidade com o julgador do seu processo (ampla defesa).

O referido doutrinador aponta, ainda, que a entrega da notificação deve ser feita, preferencialmente, ao preposto da empresa junto ao órgão ou entidade, mediante recibo, haja vista que ele é o representante do contratado, nos termos do art. 68 da Lei 8.666/93. Porém, nada impede que seja enviada por meio postal, através de carta com Aviso de Recebimento – AR, a qual possui o condão de comprovar o efetivo recebimento da correspondência, segundo disposição do art. 26, § 3º, da Lei 9.784/99⁴².

Outro aspecto relevante nesta fase diz respeito à autoridade competente para a instauração do processo e para a expedição da notificação.

Tendo em vista a omissão da Lei 8.666/93 quanto à matéria, torna-se aplicável o art. 17 da Lei 9.784/99, segundo o qual “inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir”.

Pela leitura do referido dispositivo, parece-nos que a intenção do legislador foi vincular a competência de instauração do processo com a competência decisória, de sorte que a autoridade iniciadora do processo seja aquela a quem compete decidir em primeira mão a controvérsia administrativa.

Dessa forma, não obstante a Lei 8.666/93 tenha sido igualmente omissa quanto à competência decisória, entende-se possível traçar um paralelo entre a gravidade da sanção e a autoridade competente para a sua aplicação.

Assim, tendo em vista que a penalidade mais gravosa é a declaração de inidoneidade, que somente pode ser decretada pela autoridade máxima do órgão ou entidade, segundo o parágrafo 3º do art. 87 da Lei, sugere-se que haja um escalonamento das competências, da seguinte forma:

⁴² Art. 26, § 3º: “A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado”.

- (i) a autoridade que conduz a licitação (que é normalmente o presidente da Comissão de Licitação), para os processos que visem a apurar infrações cometidas por licitantes;
- (ii) o gestor do contrato, para os processos que tenham como finalidade a aplicação de advertência ou multa a contratados⁴³, uma vez que a ele incumbe acompanhar e fiscalizar, de forma imediata, toda a execução contratual, nos termos do art. 67 da Lei 8.666/93⁴⁴, e tendo-se em conta que as referidas sanções são aquelas que produzem seus efeitos somente no âmbito do contrato em que foram aplicadas;
- (iii) o superior hierárquico do gestor do contrato, nos processos que tenham como finalidade a aplicação de suspensão temporária e impedimento de licitar⁴⁵, haja vista que estas sanções possuem efeitos externos ao contrato, o que afasta a competência do gestor, e que inexistente dispositivo legal exigindo que as referidas penalidades sejam aplicadas por agente público de nível hierárquico superior;
- (iv) a autoridade máxima do órgão, nos processos que objetivem aplicar a declaração de inidoneidade, tendo em vista a exigência expressa contida no art. 87, § 3º, da Lei de Licitações e Contratos.

4.2 Defesa e instrução

A fase seguinte à da instauração do processo, e da respectiva notificação, é a apresentação da defesa prévia do particular, também denominada de “razões de justificativa” pelo TCU⁴⁶.

Diz-se que a defesa é prévia pois ela deve ser oportunizada antes da decisão, de forma a garantir ao particular o exercício do contraditório, por meio da

⁴³ Insta consignar que tal concepção vai de encontro ao entendimento de Jacoby, segundo o qual ao gestor do contrato somente incumbe a aplicação de advertência.

⁴⁴ Art. 67: “A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado (...)”

⁴⁵ Novamente, ousa-se discordar do entendimento de Jacoby, que defende que a sanção de impedimento de licitar deve ser aplicada pela autoridade máxima do órgão.

⁴⁶ Acórdãos n. 793/2012 e 1616/2012, dentre outros.

apresentação de suas razões e da produção de todas as provas que se fizerem necessárias.

A defesa prévia está prevista expressamente na Lei 8.666/93, no *caput* do art. 87, nos seguintes termos: “pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções (...)”.

Deve ser apresentada na forma escrita, tendo em vista a exigência do art. 22, § 1º, da Lei 9.784/99⁴⁷ de que os atos do processo sejam produzidos por escrito.

Quanto ao prazo, as razões devem ser oferecidas, em regra, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, em face do que dispõe o parágrafo segundo do art. 87 da Lei 8.666/93⁴⁸, contados a partir do efetivo recebimento da notificação. Todavia, nos processos em que há a pretensão de aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade, o prazo para defesa é de 10 (dez) dias, contados da abertura de vista, conforme determina o parágrafo terceiro do mesmo artigo⁴⁹.

Segundo Jacoby, em homenagem ao princípio da ampla defesa, não se pode exigir “solenidades ou requisitos especiais” para a peça defensiva, devendo-se valorizar a intenção do recurso. Assim, de acordo com o autor, não seria ilegal se a Administração relevasse a intempestividade “de um ou dois dias” ou se prorrogasse o prazo para a apresentação das razões.

Filia-se, neste trabalho, ao entendimento do autor, pois entende-se que, em virtude do princípio da verdade real, vigente no processo administrativo, a Administração não pode desconsiderar as alegações do particular, tenham elas sido expressas oportunamente ou não. Veja-se, como exemplo, um processo administrativo que vise aplicar multa ao particular, por atraso no cumprimento da obrigação de entregar resmas de papéis, em que este, tendo ofertado defesa

⁴⁷ Art. 22, § 1º: “Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável”.

⁴⁸ Art. 87, § 2º: “As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis”.

⁴⁹ Art. 87, § 3º: “A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação”.

intempestiva, comprove na sua peça defensiva que o atraso ocorreu porque no dia anterior o local de armazenamento do produto foi inundado devido a uma enchente. A nosso ver, a Administração, comprovando a veracidade da ocorrência do caso de força maior, não poderia simplesmente ignorar a defesa apresentada, sob pena de incorrer em afronta ao princípio da verdade real.

De outro turno, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, por meio do enunciado da Súmula Vinculante nº 5, “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Assim, entendendo-se pela aplicação analógica da referida Súmula ao processo administrativo sancionador, a peça defensiva não precisa, imprescindivelmente, ser subscrita por advogado, desde que contenha a assinatura do preposto ou do representante legal da empresa licitante ou contratada.

Quanto à entrega da peça defensiva, reputa-se que ela não precisa ocorrer, necessariamente, perante a autoridade que instaurou o processo e que posteriormente emitirá a decisão.

Não se desconhece que na rotina dos órgãos e entidades da Administração Pública as autoridades de grau hierárquico superior concentram em si uma gama extensa de competências, razão pela qual em muitos casos mostra-se inviável que tais autoridades instrua o processo, ou seja, recebam e processem as razões do particular e promovam a realização das provas que se fizerem necessárias.

Dessa forma, entende-se que o recebimento da defesa e a instrução processual sempre podem ser realizados pelo gestor do contrato, inclusive nas hipóteses em que a competência para instaurar e decidir o processo seja do seu chefe hierárquico ou da autoridade máxima do órgão.

Tal entendimento encontra certo amparo no art. 47 da Lei 9.784/99, o qual, implicitamente, reconhece a possibilidade de que o órgão de instrução seja distinto do órgão decisório, nos seguintes termos: “o órgão de instrução que não for competente para emitir a decisão final elaborará relatório indicando o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de

decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente”.

Seja o gestor do contrato, seja autoridade hierarquicamente superior, a quem estiver conduzindo o processo caberá avaliar, após a apresentação da defesa prévia, eventual necessidade de produção probatória. Caso o particular tenha requerido a realização de provas, incumbirá ao agente público responsável decidir sobre a utilidade das diligências solicitadas, indeferindo aquelas que forem inúteis ou meramente protelatórias. Todavia, na hipótese de indeferimento, a decisão administrativa deve ser devidamente motivada, sob pena de implicar em afronta ao princípio da ampla defesa.

Encerrada a fase instrutória, reputa-se cabível que o agente público responsável pela instrução processual abra a oportunidade para que o contratado apresente suas alegações finais, *i.e.*, sua defesa final, conforme determinação constante no art. 44 da Lei 9.784/99: “encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado”.

Este parece ser o entendimento do STJ, que, em recente decisão, anulou processo administrativo para declaração de inidoneidade no qual não houve oferecimento de prazo para defesa final. Confira-se:

DIREITO ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE EMPRESA LICITANTE. ABERTURA DE PRAZO. DEFESA FINAL. INOCORRÊNCIA. NULIDADE.

A ausência de abertura de prazo para oferecimento de defesa final sobre a possível aplicação da pena de inidoneidade acarreta nulidade no processo administrativo a partir desse momento processual, não logrando êxito a pretensão de nulidade ab initio. O § 3º do art. 87 da Lei n. 8.666/1993 dispõe que, no caso de aplicação da aludida sanção, é facultada ao interessado a defesa no prazo de dez dias. Assim, deve ser anulado o processo administrativo a partir do momento em que a Administração deixou de oportunizar o referido prazo, por manifesto cerceamento de defesa.

(MS 17.431-DF, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 26/9/2012).

Por último, ressalte-se que, apesar do prazo constante no art. 44 da Lei 9.784/99, acima referido, ser distinto do prazo para apresentação da defesa prévia relativa às sanções de advertência, multa, suspensão temporária e impedimento de

licitar, parece-nos que o mesmo pode ser aplicado indistintamente, por ser mais favorável ao particular e por inexistir prazo para manifestação final na Lei 8.666/93.

4.3 Decisão e recursos

Em seguida à instrução processual e à apresentação da defesa final, entende-se que a autoridade competente deverá encaminhar o processo para deliberação do órgão jurídico, quando o objeto do processo administrativo for a aplicação das sanções de suspensão temporária, declaração de inidoneidade ou impedimento de licitar e contratar.

Embora não haja regulamentação legal explícita sobre o tema, nem tampouco tenham sido encontradas fontes doutrinárias ou jurisprudenciais, sugere-se que a aplicação das penalidades acima referidas seja precedida da manifestação da Consultoria Jurídica do órgão ou entidade porque tais sanções produzem efeitos externos ao contrato, impossibilitando a participação do particular em licitações e contratos promovidos por qualquer órgão da Administração Pública.

Não se trata de manifestação obrigatória, pois a Lei 8.666/93 apenas exige o parecer jurídico sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade (art. 38, VI). No mesmo sentido, a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar n. 73/93), somente reputa da competência da Consultoria Jurídica o exame prévio e conclusivo, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas, dos “textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados” e dos “atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação”⁵⁰.

Contudo, o mesmo diploma legal dispõe que é da competência das Consultorias Jurídicas dos órgãos do Poder Executivo Federal, “assistir a autoridade

⁵⁰ LC 73/93, art. 11, VI: “Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: (...) VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas: a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação”.

assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados”⁵¹.

Assim, tendo em vista que a aplicação das citadas penalidades exige, por parte da Administração, a estrita observância da legalidade, em razão tanto da existência de severa invasão na esfera de direitos do particular como da amplitude dos efeitos do ato sancionador, acha-se razoável a prévia oitiva do órgão jurídico, a fim de que seja referendada a regularidade do processo administrativo.

A autoridade competente, então, apreciando as alegações do particular, as provas eventualmente produzidas e os demais documentos constantes nos autos (relatório do gestor, se houver, e parecer jurídico, se for o caso de suspensão temporária, declaração de inidoneidade ou impedimento de licitar), emitirá sua decisão.

Na decisão, a Administração deverá consignar expressamente os motivos ensejadores da aplicação da penalidade, indicando o comportamento ilícito do particular e o fundamento jurídico do ato sancionador, consoante exigência prevista no art. 50 da Lei do processo administrativo: “os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções (...)”.

Ademais, impõe-se indicar, de forma clara, qual a penalidade que está sendo aplicada e qual o seu valor, no caso de multa, ou qual o seu período de vigência, no caso suspensão temporária ou impedimento de licitar. Em se tratando de declaração de inidoneidade, mister também que a Administração decline quais são as condições para a reabilitação do sancionado.

Em vista da inexistência de prazo específico na Lei 8.666/93, entende-se que a decisão deve ser emitida no prazo de até 30 (trinta) dias, contados da

⁵¹ Art. 11, V: “assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica”.

conclusão da instrução, sendo permitida prorrogação por igual período expressamente motivada, de acordo com o art. 49 da Lei 9.784/99⁵².

Da decisão, é cabível recurso administrativo.

Se for o caso de advertência, multa ou suspensão temporária o recurso cabível é o hierárquico, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da intimação do ato, conforme o art. 109, I, “f”, da Lei 8.666/93 cumulado com o art. 56, § 1º, da Lei 9.784/99:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

(...)

f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

Pela análise do art. 56 supracitado, observa-se que o recurso hierárquico deve ser interposto perante a autoridade que proferiu a decisão, à qual será concedida a oportunidade de reconsiderar o ato decisório. Caso isso não ocorra, o recurso deverá ser encaminhado para a autoridade superior.

Entende-se que aqui aplica-se o mesmo escalonamento de competências defendido no item 4.1, de forma que, caso o gestor do contrato tenha decidido, o recurso será decidido pela autoridade imediatamente superior, e, caso tenha sido este o prolator da decisão, o recurso será decidido pela autoridade máxima do órgão.

No que tange à declaração de inidoneidade, tendo em vista que a autoridade competente já é a autoridade máxima do órgão, o recurso cabível é o pedido de reconsideração, nos termos do art. 109, III, da Lei 8.666/93:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

(...)

⁵² Art. 49: “Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada”.

III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

Na verdade, não se desconhece que o pedido de reconsideração não se trata, estritamente, de um recurso, uma vez que o mesmo somente será examinado pela própria autoridade que decidiu o processo. Todavia, como ele constitui um instrumento de impugnação da decisão, o único viável contra a decisão que aplicou a declaração de inidoneidade, foi incluído no gênero “recurso”.

Quanto à sanção de impedimento de licitar e contratar, tendo-se em consideração que ela é aplicada pela autoridade superior ao gestor do contrato (item 4.1), entende-se cabível recurso hierárquico para a autoridade máxima do órgão ou entidade. Contudo, em face da ausência de previsão específica na Lei 10.520/05, torna-se aplicável o art. 59 da Lei 9.784/99, razão pela qual o prazo do recurso será de 10 (dez) dias: “salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida”.

Ademais, consoante com o disposto no parágrafo primeiro do art. 59 da Lei do Processo Administrativo, o recurso deverá ser decidido no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados do recebimento pelo órgão competente, autorizada a prorrogação por igual período, mediante justificativa expressa⁵³.

Cumprir trazer à baila, ainda, o Enunciado da Súmula 21 do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para a admissibilidade de recurso administrativo”.

Nota-se que tal vedação encontra-se em sintonia com o princípio da ampla defesa, de forma a vedar a Administração de exigir qualquer depósito ou caução para que recurso administrativo seja admitido.

⁵³ Art. 59, §§ 1º e 2º: “§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente. § 2º O prazo mencionado no parágrafo anterior poderá ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita”.

Insta ressaltar também que, conforme disposição do art. 61 da Lei 9.784/99⁵⁴, em regra o recurso não possui efeito suspensivo, razão pela qual a decisão de aplicação de sanção poderá ser imediatamente publicada e executada. Todavia, “havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução”, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior, em juízo de discricionariedade, poderá conceder, até mesmo de ofício, efeito suspensivo ao recurso.

Outrossim, tendo em vista que evidentemente as penalidades de suspensão temporária, declaração de inidoneidade e impedimento de licitar podem causar ao particular prejuízo de difícil reparação (como, por exemplo, lucros cessantes, que dependem de complexa liquidação), mostra-se conveniente que seja concedido o efeito suspensivo ao recurso, postergando-se a execução para depois do trânsito em julgado da decisão.

Até mesmo para multas de alto valor a suspensão mostra-se razoável. Nesse caso, convém que a Administração, se possível, glose⁵⁵ antecipadamente o valor da multa, deixando que o efetivo provisionamento do valor (recolhimento ao erário) ocorra após o trânsito da decisão final.

Por fim, saliente-se que, nos termos do art. 65 da referida Lei, é possível a revisão dos processos administrativos de que resultem sanções a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, “quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada”, não podendo esta revisão, em hipótese alguma, resultar agravamento da sanção⁵⁶.

⁵⁴ Art. 61: “Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo. Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso”.

⁵⁵ Glosar, segundo Jacoby (2006, p. 13), significa “restringir parte do valor indicado em uma fatura, reduzindo o preço a ser pago”.

⁵⁶ Art. 65: “Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada. Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção”.

4.4 Execução

Por último, a fase de execução compreende a publicidade da decisão e a eventual cobrança de valores, se tiver sido aplicada multa.

A publicidade da sanção, em regra, se dá por meio de publicação na imprensa oficial, exceto quando for o caso de advertência ou multa, se cominada exclusivamente, conforme defende Jacoby (2006, p. 2-5).

O autor entende que a advertência considera-se executada com a simples ciência do preposto ou, se esta for recusada, mediante formalização do ato na presença de duas testemunhas, com a posterior remessa de cópia do documento para a sede do contratado, por meio de carta com aviso de recebimento.

Quanto à multa, o doutrinador defende que ela deve ser publicada por meio de apostila contratual, na qual seja recolhido o “ciente do preposto”. Segundo o autor, apostila contratual é simplesmente o ato de registro, no próprio termo do contrato ou em outro instrumento hábil, de alteração contratual que não depende de anuência do contratado.

Após o apostilamento, os autos devem ser encaminhados ao gestor do contrato, para que, se possível, glose o valor da multa de alguma fatura do contratado pendente de pagamento.

Contudo, se essa diligência não for possível, Jacoby defende que o sancionado deve ser intimado para efetuar o pagamento dentro do prazo de 5 (cinco) dias, e, somente se houver o decurso do prazo sem a satisfação do preço, a Administração deve proceder ao desconto do valor da multa da garantia oferecida pelo contratado, alternativa esta que é a única prevista expressamente na Lei 8.666/93⁵⁷.

O doutrinador explica que a preferência pela glosa ou pela intimação para pagamento é mais viável na prática administrativa do que o imediato desconto na garantia, salvo quando o pagamento do valor do contrato já tiver sido realizado integralmente. Veja-se:

⁵⁷ Art. 86, § 2º: “A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado”.

A Lei nº 8.666/93 estabelece que a multa deva ser descontada no valor da garantia. Em termos práticos, ninguém procede desse modo, salvo em se tratando de contrato em que o pagamento já tenha sido realizado integralmente. Há duas justificativas para o distanciamento entre a prática e a norma: é que, se o contrato tem continuidade e o órgão administrativo descontar a multa, o Contratado será obrigado a repor o valor da garantia. Logo, é ruim para a Administração Pública e para o Contratado. Segundo, porque muitas vezes a garantia é apresentada em modalidade difícil de liquidar, como ocorre com títulos da dívida pública ou fiança bancária. Por isso, mais prático é determinar o pagamento ou a glosa na fatura (2006, p. 5).

Contudo, se o valor da garantia for inexistente ou insuficiente, persistindo o débito, entende-se cabível a execução judicial.

Quanto às demais sanções, faz-se necessário que a autoridade competente formalize documento declarando a suspensão ou impedimento do direito de licitar e contratar ou a inidoneidade do particular. Após, o respectivo extrato deve ser encaminhado para publicação no Diário Oficial.

Por derradeiro, cumpre ressaltar a necessidade de que as sanções aplicadas pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal sejam registradas no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, conforme exigência contida na Instrução Normativa MARE-GM nº 5, de 21 de julho de 1995⁵⁸.

Segundo a referida instrução, qualquer tipo de sanção deve ser registrada no cadastro do fornecedor penalizado, sendo que a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade implicam na inativação do cadastro do particular, impossibilitando-o de “relacionar-se comercialmente com a Administração Federal” (art. 6.4).

5. Considerações finais

Por todo o exposto, verifica-se que o exercício do poder de aplicação de sanções a contratados e licitantes somente pode ser considerado válido quando a Administração obedece, estritamente, às diversas restrições às quais está submetida, por força do regime jurídico de Direito Público que a rege.

⁵⁸ Art. 6.1 da Instrução normativa.

Estas restrições visam a assegurar ao particular segurança jurídica, evitando que o Poder Público exerça arbitrariamente as prerrogativas que lhe foram concedidas, bem como permitem o pleno exercício do direito de defesa do contratado ou licitante, garantindo a estes sua efetiva participação na produção da vontade estatal.

Tais restrições formam o devido processo legal, o qual, por sua vez, não constitui mera formalidade a ser observada pela Administração, mas sim verdadeira barreira à atividade sancionadora do Estado, que não pode violar a esfera jurídica individual sem o prévio cumprimento de todas as exigências previstas no ordenamento jurídico.

Estudadas as principais destas exigências, constatou-se a existência de um amplo espaço discricionário do gestor público para a definição dos atos que compõem o processo sancionador, o que significa grande risco de arbitrariedade e, conseqüentemente, grande probabilidade de revisão judicial da atuação administrativa.

Conseqüentemente, ocorre significativa perda da eficácia e eficiência da atividade administrativa, além de gerar descrédito e insegurança jurídica para os indivíduos e empresas que participam ou pretendem participar das contratações públicas.

Diante desse problema, o desfecho do trabalho foi propor balizas procedimentais para o processo administrativo sancionador, de forma que a discricionariedade, além de ser reduzida, se concentre no momento de definição das regras licitatórias e contratuais.

Por último, convém salientar que, apesar de ter sido consolidado um procedimento, por meio da junção de diversas normas, entende-se que a edição de normas procedimentais, mesmo que infralegais, para a aplicação das penalidades é imprescindível, a fim de que o princípio da legalidade, norma axiológica máxima que rege a Administração, seja plenamente atendido.

6. Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 fev, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm

BRASIL. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 22 jun, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 01 fev, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 18 jul, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Vade-Mécum de licitações e contratos**. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sucinta análise das regras punitivas da Lei de Licitações e Contratos**. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 5, n. 52, abr. 2006. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=34929>.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Penalidades aplicadas pelo TCU: um tema em evolução**. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 8, n. 91, jul. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=58545>.

HACHEM, Daniel Wunder; Quetes, Regeane Bransin. **O regime jurídico-constitucional das sanções administrativas aplicáveis aos licitantes e contratados**. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 10, n. 120, p. 47-59, dez. 2011. Disponível em: <http://bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76606>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ª Edição. São Paulo: Dialética, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Dêlcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, Volume VIII**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTIAGO, Gleice Cristiane; OLIVEIRA, Lucas Figueiredo de. **Suspensão temporária do direito de licitar e declaração de inidoneidade para licitar com o Poder Público**. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, ano XXIX, v. 80, n. 3, setembro 2011. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1293.pdf>.

TOURINHO, Rita. **Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e contratos administrativos**. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 5, n. 16, jan. 2007. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=39776>.